

社會法の性格

—近代民法と社會法—

磯村哲

一、近代民法の構造・性格（以上本號） 二、社會法の發展 三、社會法の觀念とその性格——近代民法との對比 四、結び

(一) 近代民法の構造・性格

社會法は、それが「法理」として主張せられる場合に於ても、乃至公法・私法の間段階たる特殊な法領域・法分科として觀念せられる場合にあつても、そしてこれに關する諸見解の種々な相違にも拘らず、その共通の地盤として、近代法特に近代民法に對する「抗議」「修正」たるの意味を擔つてゐる。従つて、社會法の「構造」「性格」と、そこに含まれる問題的意義を、具體的に把握するためには、まづ近代法特に近代民法の構造・性格を瞭かならしめる必要がある。即ち、近代民法の構造と性格の法的特質と、その由つて來る社會學的構造を理解することが、それに對比的な社會法の構造・性格を明瞭なら

しめる前提と考へられるのである。吾々が以下に於て近代民法の構造・性格に若干の考察を施し、これを手引として、社會法の理解に向はうとするのは、このゆゑに外ならない。もとより、近代民法の形成過程とその構造・性格とを、全體的な形に於て、問題とすることは、本稿の目的でもなく、このやうな小論の能くするところでもない。それは、更に詳細な多くの論究を必要とするであらう。こゝに於ては、ただ社會法との對比上必要とせられる限度に於てのみ、それに立ち入るに止めようと思ふ。

一、さて、近代民法の法的特質を示すものとして、次のごときものがあげられるであらう。

(1)それは、まづ、純粹な「私法」としての性格をもつてゐる。この、一見自明な、殆んど同語反覆ともみゆる性格は、必ずしも「自明」なことからはなく、近代法

に於ける公法・私法の分化——即ち、官廳相互間及その人民との關係を對象とする法と、被支配的個人相互間を規律する法との概念的峻別と、そのことを可能ならしめる社會的地盤の上に於て始めてなりたつてゐるものであり、このこと自體近代法にとつて特に性格的なのである。即ち、近代以前にあつては、私法は、純粹な私人間の法として展開することなく、公法的エレメントによつて拘束せられ、人法 (Personenrecht)・財産法のすべての制度 (就中土地法・相続法) は、「社會的精神」(sozialer Geist) に貫かれることにも、他方その反面、公法も亦私法的エレメントが滲透し、個人法としての面を具へてゐる。こゝに於ては、すべての權限、就中命令權力は個人的特權 (persönliches Privileg) の意味をもち、政治的權力も法的には Anstalt 的構造を有せず、家父・地主・Leibherr のそれと本質的には異なることなき「世襲的權利」(patrimoniales Recht) たるの性格を有するのであり、従つて、近代の意味に於ける公法に應ずるところのものは、私權と同様に、權力把持者 (Gewaltthaber) の「權利」(subjektives Recht) の對象なのである。こゝには、公・私法の分化の社會的基礎を缺いてゐるのであり、この意味に於て、近代法に於ける公・私法

社會法の性格

の分化、それと相表裏する獨立の純粹「私法」の形成こそ、近代法の、特に「近代」的な歴史的性格を形造るものに外ならない。(2)このやうな「純粹私法」としての近代民法は、一面に於て「國家法」(staatliches Recht)としての性格をもつとともに、他面に於て「個人法」(Individualrecht)——ギールケの意味に於ける——としての特質を具へてゐる。具體的に云へば、法の定立・執行が、専ら、唯一の政治團體としての國家の手に掌握せられるとともに (従つて、法源 (Rechtsquelle) に於ける國家的成文法規範の絶對的優位)、その法の内容は、個人の權利、就中所有權) の法認とその歸屬の主體としての「人格」(Person) の「法的平等性」(Rechtsgleichheit) の確立の基礎のもとに、かゝる「權利主體」としての個人の自由意思 (契約) を介し、社會「關係」を形成せしめる、といふ原子論的構造によつて形造られてゐるのである。平等な人格・自由な所有權 (freies Eigentum)・自由な契約が、近代民法の支柱をなす所以に外ならなす。ところで、このやうに「社會」を個人の交互關係として捉えることは、封建的な身分的な社會・團體と、かゝる身分的・獨占的な「閉ざされた人的團體」の自力乃至特權に由來するところの、「個別的な「自治法」(Gemein-

Illkites Recht) の成立を、一方に於て、形式的・一般的に何人にとつても開かれた且何人によつても自由に創り得るところの (Jedermann ohne Ansehen der Person) (廣義) の自治 (それは法規によつて限定されてゐるのであるが)、他方に於て、何人にとつても私的な法律行為を介して自治法をつくり得るといふ一般的な授權 (Ermächtigung) によつて、代置することを意味するのであり、このことは、裏返せば、唯一の政治團體としての國家への個人の直接歸屬性の成立なのである。

民法の「國家法」性と「個人法」性とは、この意味に於て相應するであらう。従つて、かやうな法的世界に於て存するのは、原理的には、「國家」と「個人」のみであり、「社會」はかゝる先在的な自律的個人の契約的交互關係として、「非實體的な・流動的な過程」(substanzlose, fließende Prozess) に解體せられる。ことにあつては、社會形成の原理は契約なのであり、契約こそは、「民法的」社會に於ける社會存在の原型であり、社會的結合體が、そこより理解さるべき基礎的存在なのである。だから、民法に於ける團體は、「實在的」な *Gonssenschaft* ではなく、契約的・擬制的な基本性格をもつことに、同時に、國家法に於ける權利主體——「法人」(re-

ristische Person) の法技術を介して——として現れるのである。もとより、このことは、それが文字通り「個人」的であつて、何等社會的機能をもたないことを云ふのでは勿論ない。個人法としての近代民法は、契約を通しての社會の成立を豫想してゐるのであり、さやうな社會の法として、それは本質的には「社會」法なのである。たゞ、その「社會」が、個人法の立場に於ては、單に即時的に豫想せられるに止まり、それを貫く論理(法理)そのものに於て對自的に自覺せられ、その法の具體的内容をなす、といふことはない。それが本質的に社會的であることを洞察することは、法社會學者・法哲學者にとつては可能であつても、個人法の法意識に内在的な立場にとつては、不可能である。だから、さやうな契約以前の、いはば「實體的」な「社會」そのものがその對象をなす意味に於ける「社會法」に對して、それは、正當に「個人法」として特色づけ得るのである。近代民法は、まさにかやうな意味に於ける「國家法」性と「個人法」性との二面性に於て現れてゐるのである。(3) 近代民法は、「一般法」であるとともに、著しく形式合理性(rationnelle Rationalität) を具へてゐる。それは、封建的「身分的特別法」(ständisches Sonderrecht) に對し、私

法生活を一般的・統一的に規律する「一般法」であり、それとともに、前者に於ける客観的法と権利の融合に對し、兩者の分化の上に立つてゐる。更に、近代民法は、優れて形式合理的である。こゝに形式合理性とは、一般的・一般的な *Tatbestandmerkmal* が尊重せられるのであるが、而かも、法的に意義あるメルクマールが、感性的直觀の性格——例へば特定の言葉が話されたとか、署名がなされたとか、乃至特定の、その意義が固定してゐる象徴的行爲が行はれたとか——をもつところの「感性的形式主義」に對し、それが論理的意味解釋によつて解明せられ、それに従つて固定的な法概念が抽象的規則の形に於て形成せられ、適用せられる、とゞふとき「論理的形式主義」(logische Formalismus)を意味する。それは何よりも「實質的合理性」(materielle Rationalität)に對立的に理解せられねばならぬ。後者に於ては、法律問題の決定に、倫理的命令・功利的其他の合目的的規則・乃至政治的信條が影響をもつに對し、形式合理主義はかゝる實質的考量を斥け、抽象的・一般的・形式的法概念に終始する。近代民法は、かやうな意味に於ける形式合理的な、抽象的・一般的法概念の體系としての性格をもつてゐるのである。

社會法の性格

- (1) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 28 ff.; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 387 ff.
 - (2) Brieß, Handwörterbuch der Soziologie, S. 161.
 - (3) Vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 34 ff.
 - (4) こゝに云ふ「社會法」は、ギールケの團體法としての社會法よりもやゝ廣義である。かゝる觀念を使用する理由に關しては、後で詳論する。
 - (5) Vgl. Max Weber, a. a. O. S. 395 ff., S. 662 ff., S. 407 ff.
- 二、右に分析的に擧げたやうな近代民法の諸特質——公・私法の分化・國家法的性格・個人的法性格・一般性・形式合理性は、既に極めて簡單にふれたやうに、決して断片的なものではなく、それぞれ近代民法の全體的な構造・性格を形造る諸契機として、有機的な統一性に於て存するのであり、裏返して云へば、近代民法の構造・性格は、かやうな諸特質の「統一」になりたつてゐるのである。而して、かゝる近代民法に特有な構造・性格を根源的に規定するものは、云ふまでもなく、近代國家と近代市民社會(その生産關係たる近代資本主義經濟)の、それぞれの社會的構造と兩者の特殊な關聯性そのものに外ならぬがゆゑに、このことを明かにすることが、とり

もなほさず、上述の近代民法の諸特質を、その根柢から統一的に理解することになるであらう。

さて、近代社會の最も基本的な特質の一は、主權的支配的組織としての——その主權の擔當者・行使者は、ざしあたり、問題外として——強力な中央集權的國家の形成である。かやうな近代國家は、それが、一方に於て、教會の權威からの脱却を通して主權的な世俗的權力 (welche Macht) として確立せられたことによる、超世俗的な倫理宗教への無關與の意味に於ける此岸性の原理 (Prinzip der Diesseitigkeit) に立つことと、他方、このことと相表裏することは云ふまでもないのであるが、その法・行政の形式合理性、といふ基本的性格をもつてゐる。國家の政治的支配機構は、人間的認知の所産であり、近代國家は、その「合理性」の意味に於て、まさにブルクハルトが美しく語つたやうに、「打算と意識の創造物」・「藝術品」としての國家に外ならない。かやうな近代國家の合理性の支柱をなすものは、支配機構としての近代的官僚制 (moderne Bürokratie) の確立である。ところで、この近代的官僚制の特質を示すものとして、特に次のことがあげられるであらう。(イまづ、それは、法規又は行政規則によつて、一般的に規律せられた、固定

的な、「官廳的權限」(behördliche Kompetenz) の原理が支配する(その目的に必要な規則的な活動が職務として固定的に分配されて居り、且つ職務の履行に必要な命令權力も同様に固定的に分配され、そこに許される強制手段も亦規則によつて限界付けられてゐる)。(ロ職務のヒラルヒーの原理の上に立つてゐる)。(ハ職務活動は、私的生活圏から分離された特別の範圍であり、職務遂行の物的手段は、官吏個人の私的所有から分離されてゐる)。(ニ職務遂行は、一般的・抽象的法規に従つてなされるのであつて、このことは、例へば「世襲主義」的支配 (Patrimonialismus) に於て、「神聖な傳統」によつて固定されてゐる以外のすべての關係が、「特權」や「恩恵」の賦與によつて規律せられるのと、全く對蹠的である。(ホ)かかる官廳機構の構成分子たる官吏の義務は、世襲的乃至封建的支配に於けるやうに人間關係にはなく、「非人格的な實質的 即物的目的」(unpersönlicher, sachlicher Zweck) に對する奉仕である。だから、身分・人物等の顧慮のなき「即物的な處理」(sachliche Behandlung) が、職務執行の特質である。(ヘ)官吏の地位は、世襲的官吏に於けるやうな「特權」ではなき。Recht am Amt は、單に、その職務に於ける純粹即物的

な、規範のみ拘束せられる勞務の保障の意味をもつにすぎない。(1)官吏は「専門的資格」により契約的に任用せられ、その資格としては、近代の官僚の職務の特質から、例へば古代支那の官吏にみられるやうな單なる人文的教養ではなく、専門的・技術的知識が要求せられる。かゝる諸特質を具へる近代官僚制の機能は、既述のやうに、「即物的な處理」である。これは、専門家(Fachmann)による、「計量可能」な(Berechenbar)規則に従ふ、「人間への顧慮なき」(ohne Ansehen der Person)事務處理を意味する。かやうな官僚制が始めて、形式合理的な、従つて一般的抽象的な法の適用を可能ならしめるのである。尤も、「専門的」・「即物的」と云ふことは、必然的・直接的に、抽象的な一般的な規範の適用を意味しない。事實、官僚的支配のもとに於ても、官吏の「自由裁量」(freies Ermessen)の餘地の存する場合が少なくない(司法に於ても、就中固有の行政の範圍に於て)。併し、この場合に於ても、前官僚的な支配形式に於けるやうな、個人的な動機からの恣意・恩惠・評價が支配するのではなく、物的目的への合理的な考量が決定的なのである。官僚的支配にとつては、合理的な(従つて論議可能な)理由・規範への包攝か、さもなれば目的手段の

合理的考量)の體系が、その固有な性格を形造ると稱し得るであらう。まさにかやうな近代的官僚制の合理的な「即物性」の機能が、これと全く對蹠的な、即ち、私的領域と官職的領域との分化を缺き、權力行使が傳統による拘束以外には「恣意」に委ねられ、官職の限界も亦抽象的規則によつてではなく、「恣意」に決定せられ、これに應じて官吏の地位が個人的特權たるの性格をもつところの「世襲的官僚制」(patrimoniale Beamtenum)に於ける「個人的恣意」に對比して、法的平等性と恣意に對する保障||計量可能性の要求を確保し、社會的平均化、Massendemokratieの條件をなすものである。(ohne Ansehen der Personは亦「市場」の「パロール」なのである)。かくして、かゝる形式合理的な近代官僚制の確立に相即して、近代國家は、合理的に定立された秩序をもつ團體の意味に於けるAnstalt的な政治團體たるの性格を帯びてゐるのである。

併しながら、このやうな合理的な官僚制を伴ふAnstaltsartigな近代國家が、その純粹な、展開した形に於て、成立したのは、云ふまでもなく、近代市民社會とその生産關係たる近代資本主義經濟——こゝに理解するのは「産業」資本主義(Industrieller Kapitalismus)の意味

に於てであるが——の形成とその成熟、特にその「市民革命」を通しての市民層の政權掌握を介してのことである。近代市民社會は、近世初頭の強力な中央集權的國家にその成育の地盤を見出してゐるが、同時に、近代國家の合理的性格の展開は、強く近代資本主義社會の發展に媒介されてゐるのである。

當初、近世初頭に於て漸次に形成せられた近代國家——絕對君主制國家は、既に近代的官僚制を、純粋な形態に於てではないが、具へ、「近代」國家としての合理性を一面に於ては帯びてゐるが、而かも他面に於てはなほ *Patrimonialismus* の性格を多分に存してゐる（官僚制自體が、従つてなほ *Patrimonialismus* の精神に濃厚に支配されてゐる）。即ち、かゝる絕對君主制國家に於ける強大な中央集權的政治權力の確立は、君主權の増大こそ *Verwaltungsstab* 官僚の強化とを伴ひ、中世封建社會の身分的特權 (*ständisches Privileg*) とそれに即する司法・行政の身分的性格を排除乃至減少せしめんとする傾向と、これとともに、その權力狀態の持續するに從ひ、その行政的課題の特質から、近代的な純粹官僚制への接近の傾向、を内含する。封建的經濟組織の漸次的な解體、それに即する貨幣經濟の發展、それと相表

裏する行政的課題の量的・質的な増大等が、この傾向助長の條件をなしたであらう。ともかく、かやうな事態の成立・發展は、一面に於て、國家が唯一の政治團體としての、従つて個人の國家への直接歸屬性（「國民」の形成）の方向とともに、合理的官僚制を介しての、身分的特權からの解放・行政事務の抽象的處理の意味に於ける法的平等性、それに照應する支配行使の抽象的規則性（即ち、形式的法的平等と抽象的な形式合理的法規範）の形成への方向を、なほ不十分な形に於てにせよ、意味する。これはまさに、絕對君主制國家的支配の、封建社會の特に身分的・特權的性格に對する、合理的近代的側面を示すものに外ならない。併し、絕對君主制國家の性格は、かやうな「合理性」「近代性」につきるのではない。そこに於ける封建的身分的諸勢力の抑壓に相即する君主權とその *Stab* の勢力の強化とは、他面に於て、君主の「恣意」 (*Willkür*) の範圍の増大（勿論傳統的拘束は依然存在しつづけるのではあるが）を意味するのであり、この意味に於て、それは、封建的社會の身分的特權的に固定的な權力分配的性格に對し、傳統への拘束と、「恣意・「恩恵」の併存する純粹 *Patrimonialismus* の復活の一面をもつてゐるものなのである。従つて、絕對君主制

國家の其本性格は、一言にして云へば、或程度合理化された官僚制とその効果を伴ふ Patrimonialismus に外ならない。

翻つて、近代資本主義的經濟とその擔當者たる近代市民層は、かゝうな政治的支配の地盤に於て、徐々^にに生ひたつて來た。ところで、近代資本主義經濟の基本的特質^は、それが高度の合理的な資本計算 (Kapitalrechnung) を伴ふ、「市場的營利」(Markterwerb) に方向づけられた「營利企業」(Erwerbsunternehmung) により、日常的欲望の充足 (Deckung der Alltag-bedürfnis) がなされるところに存する。詳言すれば、そこに於ては、まづ企業とその利潤追求は、専ら市場的營利のチャンス (Markterwerbchance) に方向づけられてゐるのであり、この他の、例へば權力關係によつて條件づけられる營利のチャンス^{の利用} (例へば Steuerrecht) によつてではない。更に、かゝる市場的營利企業は、「開始」の際の企業財貨の貨幣評價額と、個々の企業活動の終結乃至決算期に於ける財貨の貨幣評價額との比較 (資本の Anfangswert と Endwert との比較) を介して、營利的チャンスと營利的結果を測定し・統制するところの、合理的な「資本計算」——その合理化は近代的簿記制度に裏付

社會法の性格

けられてゐるのであるが——を伴つてゐる。かゝる企業の合理的な資本計算が、而かも市場的營利的チャンスに方向づけられてゐるところに於て、可能なるためには、何よりも、一方に於て、生産物に對し、充分に廣汎且確實な、「計算」(Kalkulation) によつて測定し得る販賣のチャンス^{の成立} (Marktgängigkeit) と、他方、生産手段と、勞働力が計算可能な費用で以て、「市場」に於て、自由競争を介して、取得せられ得なければならぬ。このやうな高度の形式合理的な資本計算で以て營まれる市場的營利企業ゆゑに、近代資本主義經濟は、必然的に、次のごとき基本的諸條件を具備して來るのである。即ち、(1) まづ、物的生産手段の、「自由な所有權」(freies Eigentum) としての「私有」である。この所有は、一面に於て、「處分權の自由」(Autonomie der Verfügungsgewalt) を含み、企業指導 (Leitung) 經營は、生産手段の所有者又はその選定せる者によつて營まれる (Unternehmungsfreiheit)。他面に於て、その所有の客體は、(廣義の) 物質的な「物」に限定せられる。蓋し、生産手段の所有者による勞働力利用の「専有」(Appropriation)・「人間」の「専有」(Sklaverei, Hörigkeit) は、市場的に方向づけられた人間行爲の制限を意味し、これ

は上述の資本主義經濟の特質に乖離するものだからである。従つて、近代資本主義經濟のもとに於ては、人間の「權利主體」・「人格」とならねばならない。人間の「權利主體性」は、物の「自由な所有」の反面なのであり、このことが、「自由勞働」(freie Arbeit)を支へ、それにより、近代資本主義經濟に特有な生産Ⅱ勞働組織を可能ならしめるのである。(2)自由所有權と權利主體の確立に應じて、勞働は「自由勞働」である。即ち、所有者に勞働力の利用が「専有」せられたり(例之、Sklaventreib)、企業に於ける「勞働的地位」が勞働者によつて「専有」せられたり(例へば勞働者の解雇排除權)するのではなく、これら一切の Appropriation を排除し、形式的に自由な契約によつて勞働關係が形成せられる。併し、近代資本主義經濟に於ける「勞働自由」は、單に形式的自由のみでなく、同時に、勞働者の生産手段よりの分離、而かも經濟的にも勞働力を自由に市場に於て賣ることを餘儀なくされる「必然」の成立をも意味する。このやうな形式的に「自由な」(自由な人格、事實的に「飢餓の鞭」(Hungerpeitsche)によつて勞働力の賣却を強制せられる賃勞働者の存在こそ、まさに、近代資本主義經濟の基礎なのである。蓋し、形式的「勞働自由」

と、生産手段より分離せる Besitzlose な大量の賃勞働者層の存在とは、形式的にも事實的にも、勞働力の自由な募集(その自由な、合理的な選擇)、それに應ずる生産費用の計量可能、企業者の自由な・合理的な勞働組織を成立せしめ、かくてかゝる「企業者の支配への勞働者の從屬」を介して、近代資本主義經濟に性格的な、資本計算と經濟の形式合理性を媒介してゐるのだからである。(3)更に、上述のところから容易に瞭かであるやうに、取引に對する非合理的な、例へば身分的制限からの「市場の自由」(formale Marktfreiheit)が存在する。自由な勞働市場・商品市場の成立である。

右に述べたやうな構造・性格を有する近代資本主義社會(市民社會)が、一義的な、具體的な「特權」による非合理的侵害からも、非合理的な行政的恣意からも離れた、就中契約の法的拘束力を確實に保障する、従つて、「計量可能」的な機能をもつところの、即ち、客觀的形式的な、而かも個人への「權利保障」(Garantie subjektiver Rechte)の形態(單に「特權」の代りの Eigentum)としてではなく)をとる法秩序と、さやうな形式合理的な司法・行政を必然的に要求することは、當然と云はねばならぬ。絶對君主制國家に於て漸次推進せられ

來つた支配の形式合理的エレメントは、この限りに於て、市民層の利益と合致し得たのであり、逆に、かゝる合理的支配の展開は、市民層の利益と、それが自己の國庫の利益乃至權力的利益（封建的勢力の打破）に奉仕するのゆゑに、これに結合せんとする君主の利益と、更に官僚の行政技術的・人的利益・の結合に媒介されてゐるのである。單に客觀的固定的な規範に止らず、「權利保障」の形態に於ける「客觀的法」(objektives Recht)としての法の合理化は、市民層の利益とその關與を外にしては理解し難いであらう。近世に於ける、形式的な法の合理化と成文化の推進力をなすものは、君主と市民層の利益の結合に外ならない。併し、絶對君主制國家は、近代的「世襲主義」である。君主の權力・恣意の増大と或程度合理化された官僚制とは、身分的固定性の傳統を破る點に於て、資本主義・市民社會育成の地盤の面をもつ。だが、それは依然 Patrimonialismus である。Patrimonialismus に固有な、君主の強大な「恣意」、「臣民」(Untertanen) に對する「家長的」權力 (patriarchale Fürsorge) (Fürsorge) 的性格は、市民社會の「市民の自由」の原則とは、それ自體としては、對蹠的なものである。市民層との利益的結合のなりたつて

るに於ても、その「家長的」性格は失はれるものではない。かゝる近代 Patrimonialismus の立法の典型たる普國國法典 (Preuss. Allgemeines Landrecht) が、近代民法の端初たるの性格をもつ反面、多くの教訓的・倫理的規定を含み、形式的合理性よりも實質的正義への關心を示すことゝ伴つて微細な Kasuistik を歸結してゐるのは、その「家長的」性格の反映に外ならない。かやうな Patrimonialismus 的支配の性格のゆゑに、こゝに於ては、近代資本主義の眞直な成長・發展が阻止せられる面が存在する。即ち、君主の獨占的營利、乃至かゝる營利の獨占の特權を私人に「特許」する場合である。資本主義の獨占的偏向 monopolistische Ablenkung des Kapitalismus)。後者は、重商主義時代に重要な役割を當んだのであるが、この場合に於ても、「商業」資本の形成・發展は充分に可能である。「産業」資本主義 (industrielle Kapitalismus) とつての近代資本主義が、商業の發展を前提することは云ふまでもないが、併し、商業資本主義は必然的直接的に近代資本主義と連続するものではない。「獨占的」な商業資本主義から「近代」産業資本主義への移行には、一個の飛躍がなければならぬ。蓋し、特權による獨占的營利は、吾々の既に見たところ

の Markterwerbschance に方向づけられた近代資本主義にこの Markterchance からみて非合理的たるを免かれないのであつて、かゝる非合理的特權の成立し得なす、計量可能な法秩序と司法・行政のもとに於てのみ、それは、純粹な、充分な成長を遂げ得るものだからである。ここに、近代資本主義を擔ふ市民層が、Patrimonialismus のものに對立して來るのであり、それはやがて、市民層による Patrimonialismus の「克服」の形をとるに至ることは、云ふまでもない。かくて、市民社會による國家の支配は、近代國家をして、單なる市民社會秩序の保障機構としての Anstalt たるの性格を擔はせてゐるのである (Rechtstrat)。

(1) 近代社會の構造・性格の雄渾を極める社會學的分析を遂行しつゝの Weber は、Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft である。それは、大體、近代西歐社會の合理性の視點から、東西古今の社會との大規模な比較を通して、そのあらゆる社會關係を分析したものである。法社會學にひきつけて云へば、近代法の形式合理性の觀點から、支配の法の形式的性質に及ぼす影響といふ問題設定の形をとるのである。本稿亦私の理解し得る限りに於て、その導きに從つてゐる。なほ近代民法のみごとな法社會學的分析として川島武宜「自由經濟に於ける法と倫理」(法律時報・十四卷

六號・七號)「經濟統制法と民法」(國家學會雜誌五十七卷一號)。

(2) Vgl. Trojisch, Wesen des modernen Geistes.

(3) Weber, a. n. O. I, Kap. § III, S. 124 ff., IV, Kap. VII, S. 650 ff.

(4) Weber, a. n. O. IV, S. 736.

(5) Weber, a. n. O. I, Kap. § II soziologische Grundkategorien des Wirtschaftens. 青山秀夫「近代資本主義經濟の二つの側面」(經濟論叢五十七卷六號)

(6) Weber, Wirtschaftsgeschichte, S. 239 ff.

(7) Weber, a. n. O. S. 250. 「マックス・ヴァーナー」(賃労働と資本)(岩波文庫)。

(8) 橋本文雄「市民法と社會法」七五頁以下。

(9) Patrimonialismus のもとに於ても成立可能な「商業」資本主義を對し、西歐近代社會に固有な近代資本主義を「産業」資本主義として捉へることは、Weber の力説することである。

なほこの問題について大塚久雄「近世歐洲經濟史」(新經濟學全集) 参照。

三、上述のやうな近代國家と近代市民社會(資本主義社會)との特有な構造聯關が、近代民法の構造・性格を規定してゐるのであり、吾々がさきにあげた近代民法の法的諸特質は、まさにかゝる社會構造の反映に外ならな

い。そのことは、既に社會構造の分析に際して、處々に於てふれて来たところである。従つて、以下に於ては、上述のところを要約しつゝ、極めて簡単に、近代民法の法的諸特質を、かやうな社會構造にかへして、統一的に理解するに止めて置かうと思ふ。

さて、既述のやうに、近代國家は、その基本性格の一として、Anstalt 的性格をもつてゐる。これは、規則・目的の手段・即物的の非人間的な合理性の根本的特色をもつ近代官僚制を媒介とする、政治的権限 (Kompetenz)・権力分配 (Gewaltenteilung) の合理的法的規律を意味し、このことは同時に、政治的権力の抽象的トレীগーとしての國家の、個人の「個人的権限」(權利)より分離の意味をもつ(従つて、例へば、中世に於ける權力分立のやうな「特權」の權利の競合關係ではない)。純粹な公法の形成従つて公・私法の分化は、かやうな Anstalt 的國家の成立によつて、その現實的基礎の一を與へられてゐるのである。而るに他方、近代國家は、唯一の政治團體として、政治的支配權力の獨占的性格を具へてゐる。これは、封建的な身分的社會諸關係と、かゝる社會關係に基く、即ち、出生・生活方法・特別團體への所屬によつて規定せられる人的性質(例へば、貴族・騎士

士・ギルド成員等)乃至その特定の社會關係による「物」の特質 (Dionstlehen, Rittergut) に基く「身分的特別法」(ständisches Sonderrecht) を破り、すべての個人・個々の Tatbestand を「法的平等性」に基く Anstalt へ編入・組成することを介して、なりたつてゐるのであり、而かもこの事態は、同時に、中世封建社會の否定者としての近代市民社會の成立に照應してゐるのである。即ち、近代國家に於ける「個人の國家への直接的歸屬」が、「實體的」社會諸秩序(封建的身分的諸秩序)を、個人の法的平等性に基く關係に醸したと云ふことが、個人の交互的契約關係としての市民社會の形成に相即してゐるのである。ところで、近代資本主義經濟は、高度の合理的資本計算を伴ふ市場的營利企業たるの特色を有するゆゑ、何よりも、個人の權利の確保と Markterwerbshöhe に對する非合理的的契約の排除・従つて Markterwerb からみて非合理的な公法的拘束なき、個人への「權利保障」の形態に於ける、その結果 berechenbar な客觀的形式的法秩序を要求する。こゝに、かゝる個人間の契約的「自律關係」を規律・保障するところの「私法」成立の基礎が存するのであり、このことが、國家の Anstalt 的性格(それに即する「純粹」公法の形成)と相俟

つて、近代法に於ける公法・私法の分化を媒介するのである。かやうな、純粹私法としての近代民法が、國家法であり、一般法であるとともに、その内容が、個人法的に形造られることは、上述の權力支配の獨占的・Anfängerischen的な二つの基本性格を示す近代國家と、近代資本主義社會との相即關係から、縷説を須たすして、瞭かであらう。即ち、近代國家の支配獨占のゆゑに、且契約による Erwerb-chance に方向づけられた資本主義經濟の、その取引過程に對する敏速・確實・強固な保障の必要のゆゑに、私法秩序が國家法としての存在性格をもつてゐるのである。他方、國家の支配獨占は、封建的身分的社會の個人への分解、それと表裏する「身分的特別法」の打破、を介してゐるがゆゑに、かゝる「個人」相互間の法としての私法秩序は、まさに一般的「民法」となるのである。このことは、同時に、「客觀的法」と「主觀的法(權利)」との分化を意味する。封建社會に於ける「身分的特別法」に於ては、或は、個別的な特權者は自己に成立せる客觀的規定に従ふ取扱を、「權利」として主張し得るか、或は、特定の身分的な人間集團又は身分的に意義づけられた物の集團が、かゝる「特別法」のトレーガーたるの場合に於ては、その特別法規範の適用は、當事

者にとつては「權利」であるか、何れの場合にせよ、法は個人・物又はその個別的な複合體の Privileg として現れるのであつて、客觀的法と權利とは融合してゐるのに對し、前述の社會構造を反映して、個人間の一般法たるの性格をもち、而かも單に Reglement の反射的效果としてではなく權利保障 (Garantie subjektiver Rechte) の形をとる近代民法に於ては、當然客觀的法と權利との分化を歸結するのである。このやうに近代民法が一般法としての存在性格をもつことは、特別法としての私法秩序の存在の不可能を云ふのではない。現に民法と並んで、私法關係を規律する多くの「特別法」の存在するときは、通常のことには屬する。だが、この場合にあつても、さやうな特別法は、封建社會の身分的特別法とは本質を異にし、その基礎は技術的・經濟的のものであつて、一般法たる民法と同質的原理に基き、これと體系統一的に媒介され得るが如きものである(例へば民・商法の關係)。更に、近代市民社會の一般的法秩序としての民法が、「人格」・「所有權」・「契約」の自由の原理に立つ「個人法」の構造をもつであらうことは、瞭かである。それは、まへに述べた、近代資本主義經濟の基礎條件たる「生産手段の自由な所有としての私有」・「市場自

由「勞働自由」の法的實現に外ならない。即ち、自由な人格・所有權の基礎の上に、自由な契約を介して社會關係を形成せしめるといふ法的構成は、一方に於て、社會を個人に還元することを通して、却て「自由な契約」による自由な社會形成の可能の途を開くこと意味する。これは、封建社會に於ける拘束的・閉鎖的な從つて狭小な交渉範圍を「社會」にまで擴大し、資本主義經濟の前提たる *Markenverdingung* に應ずることにも、形式的・一般的に何人にも開かれた團體形成により、大規模な企業形態を可能ならしめるであらう。他方に於て、この契約自由は、生産手段の所有者にとつての實質的自由、勞働者にとつての強制を意味し、かゝる「形式的自由」・「實質的な強制支配」を介して、資本主義的な勞働組織を可能ならしめてゐる。資本主義社會に於ける「法的自由」は、社會經濟的には、生産手段の所有者の、その法に保障せられた所有により、而かも「市場競争」に於ける「勢力優位」の形態に於て、行使するところの強制 (*Zwang*) に外ならない。法的・形式的自由は、社會經濟的強制的反面なのである。かくて個人法としての近代民法は、まさにその「個人法」性のゆゑに、近代資本主義經濟社會の法として機能し得るのである。最後に、そ

の形式合理性の考察を試みよう。こゝに云ふ形式合理的な法とは、既述のやうに、倫理的・實際的・功利的・政治的考量を離れ、抽象的・一般的法概念の論理的關聯の上にその體系がなりたつてゐる法秩序をさす。かゝる法秩序の存在は、政治的支配の形態の合理性を前提とするものであつて、近代民法が、この性格に於て現れるのは、まづ、近代國家の、近代官僚制的支配の合理性を介する *Anstalt* 的性格に、その基礎を有する。むしろ、近代國家が *Anstalt* 的性格を具へるといふこと自體、形式合理的法秩序を媒介とすることは、「世襲的君主」 (*Patrimonialfunktion*) の「恣意」・「恩恵」的支配に固有な實質的合理性に對し、近代官僚制的支配の「即物性」・「法的平等」・「規則性」の諸性格からみて瞭かである。而かも、かやうな近代國家の *Anstalt* 的性格の純粹な展開は、近代市民社會の發展と、後者に固有な *Berechenbarkeit* の要求に媒介されてゐる。従つて、その形式合理性は、近代民法の國家法的個人法的性格に内在的なものと云はねばならぬ。即ち、形式合理的な客觀法規の存在は、近代國家の *Anstalt* として機能を可能ならしめるとともに、その法的結果と目的行爲のチャンスの合理的計量とそれを介する高度の合理的資本計算の地盤を與

へることにより、自由な平和的鬭争の場としての近代資本主義社會の *Spiegelregeln* の役割を果してゐるのである(だから、近代民法は、特に「判決規範」(*Entscheidungsnorm*)たるの性格を帯びてゐるのである)。

X X X X X

かくして、近代民法の特質的な構造・性格——公私法の分化・國家的個人法性と、それに應ずる形式合理性とは、近代國家の支配權力獨占的・*Anstalt* 的性格と近代市民社會との相即關係に立つてゐるのであるが、このことは、近代國家社會の此岸性・倫理の個人的内面化を意味するであらう。近代社會に於ける國家的法的機構が、實質的合理性を排除し、形式合理性を貫いたことが、倫理の法よりの分化、その内面化を可能ならしめる現實的基礎を與へるものであるとともに、他方さやうな合理的機構、そのものは、主體的・内面的倫理によつて支へられる。倫理は、社會を計量可能な *Mechanismus* に化することを通して(だから、ブルクハルトが近代國家を「藝術品」として捉えたのは、極めて適切なのである)、自己の主體性・内面性を確立してゐるのである。自然・社會の計量化と倫理の主體化とは、「身心合一」を破つて「身心分離」の立場に立つ「近代」精神の特質に外ならぬ。社會及法の形式合理化と倫理の主體化・内面化とはまさ

に「適合關係」に立つものであり、だからこそ、特に「近代的」な倫理たるプロテスタンティズムと近代資本主義の關聯が問題となつて來るのである。而るに、近代民法に對して、その「抗議」「修正」を要求する「社會法」が形成せられたことは、何を意味するか。それは、計量可能性を核心に含む近代民法の構造・性格への單なる法的 *Antithese* たるにとどまらず、そのよつてたゞ社會的・精神的構造そのものへの「對立」を意味するであらう。吾々は進んで社會法の構造特質を明かにし、それを手懸として、その地盤の社會學的構造と、ある程度その精神的側面の理解へ向はねばならぬ。

- (1) Weber, a. a. O. S. 454.
- (2) 川島前掲參照。
- (3) 野田又夫教授の諮詢作をみよ。最近に於ては「歴史主義と自然主義」(「展望」昭和二十一年五月號)
- (4) ウエーバー「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」(梶山譯)をみよ。
- (5) この意味に於て、ヘーゲルの *Stinlichkeit* を超え、カント的倫理の徹底・克服としての實存哲學とその契機とする無心辯證法が、國家の「契約的」理解を斥け、具體的側面を主張する反面、社會民主主義の政治哲學たらんとするのは、興趣深い。(未完)